

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106856>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Vorrang van rijksrecht op Nederlands recht in historisch perspectief

De wordings- en interpretatiegeschiedenis van de artikelen 5 lid 2 en 49 van het Statuut voor het Koninkrijk

Mr. drs. J.W.A. Fleuren*

1. Inleiding

Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden is binnen het Koninkrijk de hoogste constitutionele regeling van nationale origine. Niettemin wordt de vraag in hoeverre de rechter Nederlands recht aan rijksrecht mag toetsen – een kwestie die in het verleden tot levendige debatten in de literatuur heeft geleid – tegenwoordig nog zelden geproblematiseerd. In het licht van artikel 5 lid 2 van het Statuut, waarin staat te lezen dat de Grondwet de bepalingen van het Statuut in acht neemt, twijfelt niemand eraan dat het Statuut boven de Grondwet staat. Maar de vraag of dit impliceert dat de rechter de Grondwet ook aan het Statuut mag toetsen, wordt in de doctrine veelal angstvallig vermeden. Hetzelfde geldt voor de vraag hoe dit artikellid zich verhoudt tot artikel 49 van het Statuut, dat bepaalt dat bij rijkswet regels kunnen worden gesteld omtrent de verbindendheid van wetgevende maatregelen, die in strijd zijn met het Statuut, een internationale regeling, een rijkswet of een algemene maatregel van rijksbestuur. In het *Harmonisatiewet*-arrest van 14 april 1989 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat dit artikel, bij gebreke van een rijkswet die dergelijke regels bevat, zich verzet tegen toetsing van de wet aan het Statuut¹ (de term ‘wet’ verwijst in deze bijdrage steeds naar de wet in formele zin). Maar wat dit betekent voor de andere in het artikel bedoelde ‘wetgevende maatregelen’ en hoe deze uitleg van het artikel zich verhoudt tot het feit dat bijvoorbeeld nimmer betwist is dat de rechter algemene maatregelen van (rijks)bestuur mag toetsen aan rijkswetten en het Statuut, zijn kwesties die in de literatuur onbesproken plegen te blijven. Wie dergelijke kwesties onder ogen ziet, zal zich al gauw afvragen of de historische argumenten waarmee de Hoge Raad zijn lezing van artikel 49 van het Statuut heeft gemotiveerd, wel hout snijden. Maar ook deze vraag is tot op heden niet tot de bodem uitgezocht.² Deze bijdrage beoogt een leemte in de kennis van de hedendaagse constitutionele geschiedenis op te vullen door de evolutie van de artikelen 5 lid 2 en 49 van het Statuut in kaart te brengen. De bijdrage beantwoordt de vraag hoe deze bepalingen zijn ontstaan en hoe zij sinds hun ontstaan door regering, Staten-Generaal, rechter en doc-

trine zijn uitgelegd. Het belang van deze wordings- en interpretatiegeschiedenis zal gaandeweg duidelijk worden. Zij onthult de oorspronkelijke betekenis van de bepalingen, verklaart de onzekerheden die tegenwoordig bij de uitleg van deze bepalingen gevoeld worden en maakt een kritische evaluatie mogelijk van de redenering waarmee de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest rechterlijke toetsing van de wet aan het Statuut afwijst. In dit arrest kent de Hoge Raad aan het grondwettelijk toetsingsverbod, zowel in zijn oude formulering als in zijn huidige redactie (art. 120 Gw), de betekenis toe dat het elke toetsing van de wet aan welke hogere regel dan ook uitsluit en acht hij een dergelijk ruim toetsingsverbod wezenlijk voor de traditionele plaats van de rechter in het Nederlands staatsbestel. Dit brengt de Hoge Raad tot de tweeledige slotsom dat de wet niet mag worden getoetst aan (ongeschreven) fundamentele rechtsbeginselen en dat artikel 49 van het Statuut zó gelezen moet worden dat het de rechter eveneens verboden is de wet te toetsen aan het Statuut. De historische argumenten en veronderstellingen waarmee de Hoge Raad deze oordelen onderbouwt, zijn echter grotendeels wets- en rechtsgeschiedenis van de kouwe grond. De geschiedenis die in deze bijdrage verteld gaat worden, weersprekt de ruime uitleg die de Hoge Raad aan het grondwettelijk toetsingsverbod toeschrijft, werpt een ander licht op de ‘traditionele’ plaats van de rechter in het Nederlands staatsbestel en stelt buiten kijf dat de Hoge Raad de betekenis die artikel 49 van het Statuut tot dan toe had, niet begrijpt.³ In dit verband wil ik alvast een potentieel misverstand rechtzetten. De kritiek die in deze bijdrage geleverd wordt op het *Harmonisatiewet*-arrest, komt niet voort uit een principiële voorkeur voor historische uitleg boven andere interpretatiemethoden, noch uit de opvatting dat een eenmaal gevormde betekenis ook voor de toekomst bindend blijft. Het gaat mij om de houdbaarheid van de wets- en rechtshistorische argumenten die de Hoge Raad zelf hanteert. Mijn kritiek is dus immanent van aard.

In de naoorlogse jaren is er, naast het Statuut voor het Koninkrijk, nog een ander statuut van constitutionele aard tot stand gekomen, dat in het navolgende zo nu en dan het betoog zal ondersteunen. Het gaat om het Statuut

* Mr. drs. J.W.A. Fleuren is universitair hoofddocent Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (*Harmonisatiewet*).

2. Zie voor een aanzet J.W.A. Fleuren, ‘De maximis non curat praetor? Over de plaats van de Nederlandse rechter in de nationale en de internationale rechtsorde’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme* (Staatsrechtconferentie 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 139-143.

3. Hoewel de bevindingen in deze bijdrage de redenering verzwakken waarmee de Hoge Raad zijn oordeel motiveert dat de rechter de wet niet mag toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen, valt een discussie over deze kwestie buiten het bestek van deze bijdrage.

van de Nederlands-Indonesische Unie, kortweg Uniestatuut genoemd, dat tegelijkertijd met de soevereiniteits-overdracht aan Indonesië (27 december 1949) van kracht is geworden.⁴ Het Uniestatuut was een verdrag dat een van eigen organen voorzien samenwerkingsverband tussen het Koninkrijk en Indonesië in het leven riep ter behartiging van gemeenschappelijke belangen en met koningin Juliana aan het hoofd. Het Uniestatuut bevatte een catalogus van klassieke en sociale grondrechten, die deels op de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en deels op de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden was geïnspireerd.⁵ Voor deze bijdrage is met name artikel 18 van het Uniestatuut van belang. Dit artikel verleende aan het Uniestatuut en het overige recht van de Nederlands-Indonesische Unie voorrang boven het recht van de 'deelgenoten', zoals de beide in de Unie participerende staten werden aangeduid.⁶ Dientengevolge was de Nederlandse rechter in de periode dat het Uniestatuut bestaan heeft (in 1956 heeft Indonesië zich uit de Unie teruggetrokken) bevoegd onder meer de wet en de Grondwet te toetsen aan deze catalogus van klassieke en sociale grondrechten en aan ander unierecht.⁷ De artikelen 18 van het Uniestatuut en 5 lid 2 en 49 van het Statuut voor het Koninkrijk hebben niet alleen met elkaar gemeen dat zij raken aan het vraagstuk van constitutionele toetsing, maar ook dat de herinnering aan deze bepalingen is weggezaakt. De vérgaande toetsingsbevoegdheid die voortvloeide uit artikel 18 van het Uniestatuut is in vergelijking geraakt. De artikelen 5 lid 2 en 49 van het Statuut voor het Koninkrijk zijn weliswaar nog geldend recht, maar hun oorspronkelijke strekking is eveneens uit het collectief geheugen van de jurist verdwenen of aan het verdwijnen. Verderop zal blijken hoe het *Harmonisatiewet*-arrest met deze ontwikkeling samenhangt.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Ik begin met de tijdens de eerste rondetafelconferentie Nederland-Suriname-Nederlandse Antillen (1948) ontworpen voorganger van de huidige artikelen 5 lid 2 en 49 van het Statuut. Deze voorganger was vervat in een voorontwerp-rijksgrondwet, dat bij de regering echter op bedenkingen stuitte en dientengevolge nimmer is gepubliceerd (par. 2). Daarna komt de geschiedenis aan de orde van de ontwerpen die zijn opgesteld in aanloop naar de tweede rondetafelconferentie met de Caraïbische rijksdelen (par. 3) en tijdens deze conferentie zelf, die zich heeft uitgestrekt over de periode 1952-1954 (par. 4). We zullen zien hoe de verschillende opmerkingen die in het kader van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot aanvaarding van het Statuut zijn gemaakt over de artikelen

5 lid 2 en 49, aansluiten bij hun wordingsgeschiedenis (par. 5). Dan volgt een schets van de ontwikkeling die de uitleg van deze bepalingen heeft doorgemaakt, uitmondend in het *Harmonisatiewet*-arrest (par. 6). Ik sluit af met enkele conclusies (par. 7).

2. Eerste RTC Nederland-Suriname-Nederlandse Antillen

De eerste rondetafelconferentie (RTC) van vertegenwoordigers van Nederland, Suriname en de Nederlandse Antillen (tot aan de grondwetsherziening van 1948 genoemd naar hun grootste eiland, Curaçao) ving in januari 1948 aan onder voorzitterschap van de Minister van Overzeese Gebiedsdelen. Enkele weken na de opening van de conferentie benoemde de regering Van Helsdingen, raadadviseur bij dit ministerie en een van de algemeen adviseurs van de conferentie, tot vicevoorzitter. De Nederlandse regering had een conferentie voor ogen van deelnemers die als representanten van de verschillende stromingen en groepen onder de bevolking van de rijksdelen in open overleg, zonder instructies van de landsregeringen, de beginselen zou formuleren voor een nieuwe staatkundige structuur van het Koninkrijk en deze beginselen zou uitwerken in een of meer ontwerpen. Bij aanvang van de conferentie lag er dan ook geen uitgewerkt voorstel van Nederlandse kant op tafel, een keuze die bewust was gemaakt om geen afbreuk te doen aan het open karakter van het overleg. Deze opzet pakte verkeerd uit. De Staten van de Nederlandse Antillen hadden 'hun' delegatie namelijk wél instructies meegegeven, en toen bleek dat de Nederlandse regering niet bereid was de in deze instructies vervatte eisen terstond in te willigen en aldus te prejudiciëren op het overleg, trok de helft van deze delegatie zich terug uit de beraadslagingen van de conferentie. Erger was dat de conferentie met een voorontwerp op de proppen kwam dat geen genade vond bij de Nederlandse regering.

Niettemin begon de conferentie, ondanks het vertrek van een deel van de Antilliaanse delegatie, voortvarend. Al in maart 1948 publiceerde de conferentie een aantal 'resoluties', waarin zij haar denkbeelden over een toekomstige structuur van het Koninkrijk verwoordde. Vervolgens werd de conferentie verdaagd, maar niet dan nadat zij uit haar midden een redactiecommissie had aangewezen waarin de drie landen waren vertegenwoordigd en die de opdracht kreeg om met inachtneming van deze resoluties een ontwerp-rijksgrondwet op te stellen. Daarna, zo was de bedoeling, zou de conferentie opnieuw bijeenkomen

4. *Stb.* 1949, J 600.

5. Deze grondrechten waren vervat in de bijlage van het Uniestatuut (*Stb.* 1949, J 570, p. 14-16) en werden o.g.v. art. 3 lid 2 Uniestatuut door beide staten erkend.

6. Art. 18 Uniestatuut luidde: 'In geval van tegenstrijdigheid tussen bepalingen van het recht van de deelgenoten en van publiekrechtelijke lichamen binnen hun rechtsgebied enerzijds, en bepalingen van het Uniestatuut, enige overeenkomst tussen de deelgenoten of enige gemeenschappelijke regeling anderzijds, zal de laatstgenoemde categorie van bepalingen de voorrang hebben.' (*Stb.* 1949, J 600.)

7. Art. 18 was geplaatst tussen de bepalingen over het Unie-Hof van Arbitrage, maar uit zowel de redactie als de *travaux préparatoires* blijkt dat het zich tevens richtte tot de nationale rechter (Nationaal Archief te Den Haag (NA), Delegatie RTC Indonesië (2.10.40), doos 5, mappen B.2 k en i. Het artikel is ook steeds zo door regering, Staten-Generaal, rechter en doctrine begrepen (*Kamerstukken II* 1949/50, 1478, nr. 10, p. 40; *ibidem*, nr. 14, p. 68; *Handelingen II* 1951/52, p. 2029; *Handelingen I* 1951/52, p. 1038; *Kamerstukken II* 1953/54, 3043, nr. 5, p. 3; *ibidem*, nr. 6, p. 3; *Handelingen II* 1953/54, p. 2107; Rb. Amsterdam (pres.) 2 november 1950, *NJ* 1950, 804; Hof Amsterdam 8 februari 1951, *NJ* 1951, 129; L.P.M. Loeff, 'Beschouwingen over Unierecht', *RMThemis* 1950, p. 421-422; J.H.A. Logemann, 'Het nieuwe staatsrecht', *NJB* 1950, p. 35; N.S. Blom, 'Het rechtskarakter van de besluiten der conferentie van ministers van de Nederlands-Indonesische Unie', *Indonesië* 1950/51, p. 535).

om het ontwerp (met eventuele wijzigingen) vast te stellen en aan te bieden aan de landsregeringen.⁸ Wat betreft het vraagstuk van rechterlijke toetsing van landsrecht aan de rijksgrondwet en ander rijksrecht, ging tijdens de beraadslagingen die zijn voorafgegaan aan de resoluties de gedachte uit naar de instelling van een rijkshof, dat deze bevoegdheid zou uitoefenen. Er was discussie over de praktische uitwerking, zoals de vraag of deze bevoegdheid moest worden beperkt tot een aantal met name genoemde bepalingen of onderwerpen en de vraag of het aan de landsrechter zou zijn om te beslissen of een opgeworpen onverenigbaarheid van landsrecht met rijksrecht werd voorgelegd aan het rijkshof.⁹ De suggestie om de toetsingsbevoegdheid ook aan de landsrechter zelf toe te kennen, vond in dit stadium weinig weerklank, zodat resolutie IX kwam te luiden:

‘De Conferentie Nederland-Suriname-Curaçao is van oordeel:

dat ter toetsing van landswetten aan de rijkswetten en de rijksgrondwet, alsmede van de landsgrondwetten aan de rijksgrondwet, bij de rijksgrondwet behoort te worden ingesteld een rijkshof.’¹⁰

De redactiecommissie heeft getracht in het door haar geformuleerde voorontwerp van een ‘Grondwet voor het Verenigd Koninkrijk’ de resoluties zo veel mogelijk uit te werken langs de lijn van de bestaande Grondwet. In haar toelichting op het voorontwerp schrijft de commissie dat zij slechts op enkele ondergeschikte punten van de resoluties is afgeweken, wanneer tegen letterlijke uitvoering bij nader inzien grote bezwaren bleken te bestaan.¹¹ De toetsingsbevoegdheid was kennelijk zo’n punt. Het voorontwerp kent een tot rijkshof omgevormde Hoge Raad der Nederlanden, die belast is met het cassatietoezicht op de uitspraken van de landsrechters. Het voorontwerp draagt in artikel 187 aan ‘de rechter’, dus de landsrechters en in laatste instantie het rijkshof als cassatierechter voor het gehele Koninkrijk, de toetsing op van landsrecht aan de rijksgrondwet, ander rijksrecht, volkenrechtelijke verdragen en algemeen bindende regelingen die de landen onderling zijn overeengekomen (krachtens art. 199). De toelichting bij het toetsingsartikel is kort maar krachtig: waar de vraag of landsrecht in strijd is met rijksrecht ‘een rechtsvraag is, behoort de rechter dit te beslissen’.¹² Om deze reden onttrekt het voorontwerp (in art. 151) aan de rechter het oordeel of het Koninkrijk dan wel de landen buiten hun huishouding zijn getreden. Het gaat hier volgens de commissie om een politieke vraag. De principiële opvatting dat de politieke ambten over politieke vragen en de rechterlijke ambten over rechtsvragen gaan, weerhoudt de commissie er overigens niet van om in artikel 135 te bepalen dat de rijkswetten onschend-

baar zijn. Hier heeft kennelijk de wens om zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij de geldende Grondwet de doorslag gegeven.

Laten we thans artikel 187, dat in het voorontwerp is geplaatst in het hoofdstuk over wetgeving en bestuur der landen, nader in ogenschouw nemen:

‘De landsgrondwetten en landswetten en de andere besluiten van organen in de landen mogen niet strijdig zijn met de rijksgrondwet, de rijkswet, de algemene maatregel van rijksbestuur, noch met verdragen en overeenkomsten met andere staten aangegaan en in het Rijksstaatsblad openbaar gemaakt, alsmede met regelingen als bedoeld in het tweede lid van artikel 199. Wanneer zulk een strijd bestaat, laat de rechter, behoudens de bepaling van artikel 151, een zodanige wet en een zodanig besluit buiten toepassing.’

De redactiecommissie lijkt handig gebruik te hebben gemaakt van de omstandigheid dat resolutie IX niet met zoveel woorden de toetsingsbevoegdheid exclusief bij het rijkshof legt, waardoor artikel 187 naar de letter niet onverenigbaar is met deze resolutie. Kennelijk vond de redactiecommissie de door haar gekozen oplossing, met de Hoge Raad als rijks cassatiehof bovenaan de rechterlijke piramide, het beste aansluiten bij het bestaande constitutionele systeem van gespreide toetsing.

Het voorontwerp is nooit omgezet in een eindontwerp van de conferentie. Op 19 oktober 1948 stuurde de leiding van de conferentie het voorontwerp naar het kabinet onder mededeling van het voornemen om – tenzij beschouwingen van het kabinet de leiding anders deden besluiten – het voorontwerp binnen enkele weken te publiceren om de Nederlandse, Surinaamse en Antilliaanse gemeenschappen de gelegenheid te geven zich daarover uit te spreken.¹³ Daarna zou de conferentie opnieuw bijeengeroepen worden om het voorontwerp te behandelen en vast te stellen. Zover is het nooit gekomen. Het in augustus 1948 aangetreden kabinet-Drees had ernstige bedenkingen tegen de in het voorontwerp vervatte Koninkrijksstructuur, die het te federaal en te zwaar achtte. Dientengevolge zag de leiding van de conferentie af van haar voornemen om tot publicatie over te gaan en is het voorontwerp in de Haagse archiefdozen beland. De conferentie is na de vaststelling van de resoluties in maart 1948 niet meer plenair bij elkaar gekomen. Bij koninklijk besluit van 26 februari 1952 werd zij formeel opgeheven, hetzelfde besluit als waarin de tweede rondetafelconferentie Nederland-Suriname-Nederlandse Antillen bijeen werd geroepen.¹⁴

8. W.H. van Helsdingen, *Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. Wordingsgeschiedenis, commentaar en praktijk*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en Uitgeverijbedrijf 1957, p. 21-64; G. Oostindie & I. Klinkers, *Knellende Koninkrijksbanden. Het Nederlandse dekolonisatiebeleid in de Caraïben, 1940-2000*, deel I, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001, p. 98-104 en 106-107.

9. NA, RTC West (2.10.24), inv.nrs. 60 en 61.

10. Van Helsdingen (noot 8), p. 45.

11. Voorontwerp en toelichting bevinden zich o.a. in NA, RTC West (2.10.24), inv.nr. 95.

12. Toelichting voorontwerp (noot 11), p. 12.

13. Oostindie & Klinkers (noot 8), p. 238, nt. 83.

14. Van Helsdingen (noot 8), p. 69 en 112-113.

3. Voorbereiding van de tweede RTC Nederland-Suriname-Nederlandse Antillen

Anders dan het geval was bij de eerste, heeft de regering aan de tweede rondetafelconferentie een grondige inhoudelijke voorbereiding vooraf laten gaan. Om de discussie vorm te geven maakte de regering een 'Schets voor een Statuut, regelende de status van Suriname en de Nederlandse Antillen in het Koninkrijk der Nederlanden', die zij in februari 1950 aan de landsregeringen van deze rijkdelen zond. Deze schets, die aanmerkelijk eenvoudiger van opzet was dan het voorontwerp-rijksgrondwet, bevatte geen voorstellen voor bepalingen over rechterlijke toetsing van landsrecht aan rijksrecht en lager rijksrecht aan hoger rijksrecht.¹⁵ In 1951 begon de regering concrete voorbereidingen te treffen voor het houden van een nieuwe rondetafelconferentie, waarbij de delegaties niet de bevolking, maar de regeringen van de rijkdelen vertegenwoordigden.¹⁶ Zij benoemde een commissie van voorbereiding, bestaande uit gemachtigden van de drie landsregeringen, die in de winter van 1951/1952 aan de hand van een aangepaste versie van de 'Schets' van februari 1950 een 'Werkstuk' opstelde, dat diende als basis van bespreking op de tweede rondetafelconferentie Nederland-Suriname-Nederlandse Antillen. De in druk verschenen eindversie van dit Werkstuk is gedateerd op 11 februari 1952.¹⁷ Het Werkstuk bevat een uitgewerkt concept van een Statuut voor het Koninkrijk, voorafgegaan door een inleiding en een artikelsgewijze toelichting. Eigenlijk is het een 'puntsgewijze' toelichting, want het concept is, kennelijk om zijn karakter van discussiestuk te benadrukken, verdeeld in 'punten' in plaats van 'artikelen'. De inleiding legt het verschil uit tussen het voorontwerp-rijksgrondwet en het Werkstuk. Terwijl het voorontwerp de medezeggenschap van Suriname en de Nederlandse Antillen wilde verwezenlijken door instellingen als de Tweede Kamer, de Eerste Kamer, de ministerraad en de Hoge Raad om te vormen tot een Rijkskamer, een Rijkssenaat, een Rijksraad en een Rijkshof – een kostbare opzet die bovendien een aanslag betekende op de personele middelen van de overzeese gebiedsdelen – koos het Werkstuk voor een constructie waarin de deelneming van deze gebiedsdelen in de behartiging van Koninkrijksaangelegenheden zo veel mogelijk werd gerealiseerd in de bestaande staatsinstellingen. Het Werkstuk bevat in punt 38 lid 1 een bepaling over onverbindendheid van landsrecht dat in strijd is met internationale regelingen of rijksrecht:

'Bepalingen van enige regeling in een der landen, die in strijd zijn met internationale regelingen, het Statuut, rijkswetten of algemene maatregelen van rijksbestuur zijn niet verbindend.'

Deze bepaling heeft haar oorsprong in een voorstel van het Nederlandse commissielid Van der Grinten. Van der Grinten – die in deze periode ook lid en secretaris was van de Staatscommissie voor Grondwetsherziening (1951-1954) – heeft een wezenlijk aandeel gehad in de redactie van het Statuut en de daaraan voorafgaande ontwerpen en we zullen zijn naam dan ook nog enkele malen tegenkomen. Het voorstel waaraan punt 38 lid 1 van het Werkstuk ontsproten is, was aanvankelijk beperkt tot toetsing van maatregelen in Suriname en de Nederlandse Antillen. Het beoogde de controle op de naleving van rijksrecht in de Caraïbische landen van het Koninkrijk te versterken door het vernietigingsrecht van de Kroon¹⁸ aan te vullen met een rechterlijke toetsingsbevoegdheid. Op aandringen van de Caraïbische contingenten in de commissie is de geografische beperking uit het voorstel verwijderd.¹⁹

In de commissie is uitvoerig gediscussieerd over de verhouding tussen de Grondwet en het toekomstige Statuut. Haar leden waren het erover eens dat, in geval van strijd tussen Statuut en Grondwet, het Statuut voorrang had, althans behoorde te hebben. Buischool, minister-president van Suriname en lid van de commissie, wilde de automatische voorrang van het Statuut op de Grondwet in de Grondwet vastgelegd zien. De Nederlandse delegatie vond dit echter onnodig, aangezien deze voorrang vanzelf volgde uit het gegeven dat het Statuut van hogere orde was dan de Grondwet.²⁰ De redactie van punt 38 lid 1 van het Werkstuk lost dit probleem op door buiten twijfel te stellen dat bepalingen van de Grondwet die in strijd zijn met het Statuut, geen verbindende kracht hebben.²¹

4. Tweede RTC Nederland-Suriname-Nederlandse Antillen

Binnen enkele weken na de voltooiing van het Werkstuk riep de Nederlandse regering een nieuwe rondetafelconferentie van vertegenwoordigers van Nederland, Suriname en de Nederlandse Antillen bijeen, ditmaal onder voorzitterschap van minister-president Drees. De bedoeling was dat de conferentie op basis van het Werkstuk een Statuut voor het Koninkrijk zou ontwerpen dat op aanvaarding door de drie landen kon rekenen. Om de kans op succes zo groot mogelijk te maken, liet de regering de samenstelling van de Surinaamse en Antilliaanse delegaties aan de betrokken landsregeringen over en benoemde zij zelf een zware Nederlandse delegatie, samengesteld uit ministers en parlementariërs. Zij werden bijgestaan door drie algemene adviseurs, namelijk Van Schaik, Van der Grinten en Van Helsdingen, die het Nederlandse contingent hadden gevormd in de voorbereidingscommissie. De delegatie en haar algemene adviseurs werden bovendien gevoed door zogenoemde toegevoegde adviseurs,

15. NA, Kabinet Minister-President (2.03.01), inv.nr. 4596. Zie ook Van Helsdingen (noot 8), p. 103 en 505.

16. Oostindie & Klinkers (noot 8), p. 120.

17. NA, RTC Ned.-Sur.-Ned. Ant. (2.10.16), inv.nr. 1, map 1.

18. De regeling van het vernietigingsrecht in art. 50 lid 1 Statuut is in hoofdzaak ontleend aan punt 38 lid 2 Werkstuk.

19. NA, Ministerie van Overzeese Gebiedsdelen, Directie Sur. en de Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 32, notulen (not.) voorbereidingscommissie 4 februari 1952, p. 12-14, 6 februari 1952 (avond), p. 1.

20. NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 32, not. voorbereidingscommissie 24 januari 1952 (middag), p. 1-2.

21. Punt 38 lid 1 Werkstuk zwijgt over de bevoegdheid om lager aan hoger rijksrecht te toetsen, wellicht omdat zij vanzelfsprekend werd geacht. De beraadslagingen wijzen erop dat de commissie toetsing van rijkswetten en algemene maatregelen van rijksbestuur aan het Statuut mogelijk achtte (NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 32, not. voorbereidingscommissie 6 februari 1952 (avond), p. 1).

dit waren hoge ambtenaren van de verschillende departementen die vanuit hun beleidsterrein hun visie en deskundigheid inbrachten. Dit leidde reeds weken vóór de opening van de conferentie (3 april 1952) tot een intensief vergader- en overlegcircuit in het Nederlandse kamp.²² Het werd het begin van een, vooral van Nederlandse zijde, moeizaam en zwenkend verlopen standpuntbepaling over de in punt 38 lid 1 van het Werkstuk vervatte toetsingsbevoegdheid.

Vijf dagen vóór de start van de conferentie kwamen de Nederlandse delegatie en haar algemene adviseurs tot de slotsom dat punt 38 lid 1 beter in zijn geheel kon worden geschrapt.²³ Ten eerste wilde men voorkomen dat een algemene maatregel van rijksbestuur de Nederlandse (Grond)wet opzij zou kunnen zetten.²⁴ Ten tweede zag men een ongewenste discrepantie tussen punt 38 lid 1 en het inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen amendement-Serrarens,²⁵ waardoor de Grondwet in 1953 verrijkt zou worden met de bepaling dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden wanneer deze toepassing niet verenigbaar is met verdragen en met besluiten van volkenrechtelijke organisaties die zijn bekendgemaakt.²⁶

Daags voor de opening van de conferentie twijfelden de Nederlandse delegatie en haar algemene adviseurs echter al aan deze oplossing. Schrapping van de toetsingsbepaling van punt 38 lid 1 betekende dat het volledig aan de rechter werd overgelaten om te beoordelen in hoeverre hij mocht en wilde toetsen. Ter vergadering raakten delegatieleden en adviseurs zelf verstrikt in de vragen die bij schrapping werden doorgeschoven naar de rechter.²⁷ Toen de Nederlandse delegatie bij aanvang van de conferentie een aantal voorstellen deed voor wijzigingen in het Statuut zoals dit in concept in het Werkstuk was opgenomen, volstond zij bij punt 38 lid 1 met de opmerking dat zij zich nader op het toetsingsrecht wenste te beraden.²⁸

De Nederlandse delegatie heeft haar standpunt vervolgens verwoord in een 'Nota inzake toetsingsrecht' van 22 april 1952. Deze nota bevat het voorstel om punt 38 lid 1 te vervangen door de bepaling die thans is opgenomen in artikel 49 van het Statuut. Zij is van wezenlijk belang voor de vaststelling van de gedachtegang die aan de wieg van dit artikel heeft gestaan. De nota, die geconcipieerd is door Van der Grinten, analyseert in het bestek van drie

A4'tjes in welke gevallen het Statuut met zich kan brengen dat twee wettelijke regelingen met elkaar in strijd kunnen komen en welke regeling dan moet worden toegepast, gelet op de principes *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* en *lex specialis derogat legi generali*. De nota stelt vast dat het antwoord op de vraag welke regeling toepassing moet vinden, in een aantal gevallen voor de hand ligt en in een aantal gevallen onzeker is. Ik begin met een aantal oplossingen, die volgens de nota bij strijdigheid voor de hand liggen:

- Het Statuut heeft voorrang op de Grondwet voor zover deze Koninkrijksaangelegenheden regelt, de Grondwet voor zover deze Nederlandse aangelegenheden regelt en de wet die Nederlandse aangelegenheden regelt.²⁹
- De internationale regeling heeft voorrang op wettelijke regelingen (maar ten aanzien van het Statuut zelf twijfelt de nota), aangenomen dat het amendement-Serrarens in de Grondwet wordt opgenomen.³⁰
- De rijkswet dan wel de wet die Koninkrijksaangelegenheden regelt³¹ – de nota stelt beide op één lijn – heeft voorrang op de Grondwet (dit vanwege de onschendbaarheid van de wet).³²

De nota constateert de volgende dubia. Ten eerste staat volgens haar de rangorde tussen het Statuut en een internationale regeling niet bij voorbaat vast, zodat twijfelachtig is welke van beide voorrang heeft in geval van strijd. De tweede onzekerheid betreft de vraag of de rijkswet en de wet die Koninkrijksaangelegenheden regelt, mogen worden getoetst aan het Statuut. Voor een bevestigend antwoord pleit de omstandigheid dat het Statuut de hogere regeling is, terwijl voor een ontkennend antwoord een beroep zou kunnen worden gedaan op de grondwettelijke bepaling dat de wetten onschendbaar zijn. De nota tekent hier echter onmiddellijk bij aan dat in dit laatste geval aan de onschendbaarheid van de wet een ruimere betekenis wordt gegeven dan een verbod om de wet te toetsen aan de Grondwet en dat deze uitleg gelet op het inmiddels aangenomen amendement-Serrarens (de voorganger van het huidige art. 94 Gw) minder voor de hand ligt. De derde onzekerheid ziet op het geval dat gelijktijdige toepassing van enerzijds de rijkswet of de wet die Koninkrijksaangelegenheden regelt en anderzijds de wet die

22. Van Helsdingen (noot 8), p. 111-121.

23. NA, Romme (2.21.144), doos 76, map 257, not. Ned. delegatie 29 maart 1952, p. 13-14.

24. Zie bijv. advies Raad van State 19 maart 1952 (NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 20).

25. NA, Romme (2.21.144), doos 76, map 257, not. Eerste Sectie 8 april 1952, p. 6.

26. Art. 65 jo. art. 67 lid 2 Gw (1953). Punt 38 lid 1 Werkstuk stelde voor toetsing aan internationale regelingen niet de voorwaarde dat zij bekend waren gemaakt.

27. NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 37, not. Ned. delegatie 2 april 1952 (avond), p. 12.

28. Voorstel van de Ned. delegatie tot het aanbrengen van enige wijzigingen in het Werkstuk, 5 april 1952, *Kamerstukken II* 1952, 2454, nr. 2 (herdruk), p. 7-17.

29. De nota past een 'schakel-redenering' toe. Dat de Grondwet voor zover zij koninkrijksaangelegenheden regelt, kan worden getoetst aan het Statuut, motiveert zij met een verwijzing naar de redactie van het Statuut. Als deze toetsing kan plaatsvinden, dan zal toetsing van de Grondwet voor zover zij Nederlandse aangelegenheden regelt, aan het Statuut 'bezwaarlijk kunnen worden uitgesloten'. Hetzelfde geldt voor toetsing van de wet, regelende Nederlandse aangelegenheden, aan het Statuut.

30. De nota tekent hierbij aan dat het zaak is buiten twijfel te stellen dat dit onderwerp vanwege het Koninkrijk kan worden geregeld, maar dat de in de nota voorgestelde bepaling (thans art. 49 Statuut) dit probleem oplost.

31. Een wet (of AMvB) die Koninkrijksaangelegenheden regelt, is een wet (of AMvB) waarbij regelen omtrent aangelegenheden van het Koninkrijk zijn vastgesteld die niet in de Caraïbische landen van het Koninkrijk gelden. Zie thans art. 14 lid 3 Statuut.

32. Daarentegen motiveert Van der Grinten in een vergadering van voorzitters en afgevaardigden van de delegaties van 7 mei 1952 de stelling dat de rijkswet niet aan de Grondwet mag worden getoetst met het argument dat de rijkswet een uitgebreidere territoriale werking heeft dan de Grondwet, waarmee de Grondwet zal zijn bedoeld voor zover zij Nederlandse aangelegenheden regelt (zie hierna noot 46).

Nederlandse aangelegenheden regelt, tot onverenigbare uitkomsten leidt. Moet dit worden opgelost aan de hand van de *lex specialis*- en de *lex posterior*-beginselen of moet men redeneren dat een wettelijke regeling van Koninkrijksaangelegenheden *ipso facto* van hogere orde is dan louter landsrecht? Dezelfde redenering zou tot de slotsom leiden dat een algemene maatregel van rijksbestuur of een algemene maatregel van bestuur die Koninkrijksaangelegenheden regelt,³³ in geval van strijd voorrang heeft op de wet die Nederlandse aangelegenheden regelt of zelfs op de Grondwet, voor zover zij slechts voor Nederland geldt. Dit brengt ons bij het laatste dubium, want hier staat het argument tegenover dat de algemene maatregel van bestuur op zichzelf een lagere rang heeft dan de wet of Grondwet.

De nota besluit met de aanbeveling om het 'gecompliceerde toetsingsvraagstuk' niet in het Statuut zelf op te lossen, maar in het Statuut een voorziening op te nemen die de rijkswetgever de mogelijkheid biedt de dubia te regelen. Dit mondt uit in het voorstel om punt 38 lid 1 van het Werkstuk te vervangen door een bepaling die luidt:

'Bij rijkswet kunnen regels worden gesteld omtrent de verbindendheid van wetgevende maatregelen, die in strijd zijn met het Statuut, een internationale regeling, een rijkswet of een algemene maatregel van rijksbestuur.'³⁴

Dit ontwerp is woordelijk terechtgekomen in artikel 49 van het Statuut. Zoals uit het voorgaande blijkt, moet het ontwerp gelezen worden tegen de achtergrond van de bevoegdheid van de rechter om de voorrang vast te stellen ingeval een wetgevende maatregel in strijd komt met rijksrecht of internationaal recht. De voorgestelde bepaling wil *zelf* op geen enkele wijze afbreuk doen aan deze bevoegdheid. Zij biedt slechts de mogelijkheid om (in de toekomst) bij rijkswet regels te stellen wanneer er zich in de praktijk enkele vragen van voorrang blijken voor te doen die lastig te beantwoorden zijn of waarop de in de rechtspraak gegeven antwoorden betwistbaar zijn.

De twee andere delegaties, waaraan de 'Nota inzake toetsingsrecht' is voorgelegd, hebben de bepaling ook steeds zo begrepen.³⁵ Dat wil niet zeggen dat zij zonder slag of stoot met haar hebben ingestemd. Van Caraïbische zijde wenste men veiliggesteld te zien dat rijkswetten konden worden getoetst aan het Statuut. Men wilde voorkomen dat de rijkswet als bedoeld in de door de

Nederlandse delegatie voorgestelde bepaling deze toetsing zou kunnen verbieden. Daarop ontwierp Van der Grinten een nieuwe redactie ten behoeve van de beraadslagingen in de drie delegaties:

'(1) Wetgevende maatregelen die in strijd zijn met het Statuut zijn niet verbindend.

(2) Bij rijkswet kunnen regels worden gesteld omtrent de verbindendheid van wetgevende maatregelen, die in strijd zijn met internationale regelingen, een rijkswet of een algemene maatregel van rijksbestuur.'³⁶

Het eerste lid stuitte echter op bezwaar van de Nederlandse delegatie. Romme, voorzitter van de KVP-fractie in de Tweede Kamer en lid van de delegatie, zag er 'een bedenkelijk afwijken' in van de grondwetsbepaling over de onschendbaarheid van de wetten.³⁷ De delegatie wilde niet dat de rechter verplicht werd wetgevende maatregelen aan het Statuut te toetsen zonder de mogelijkheid om bij rijkswet hieraan beperkingen te stellen. Men achtte de materie te ingewikkeld om deze nu reeds in het Statuut te regelen.³⁸ 'Voordat men regels gaat stellen, moet men eerst over meer ervaring beschikken', zo motiveerde Van der Grinten het bezwaar van de Nederlandse delegatie tegenover de voorzitters en andere afgevaardigden van de overzeese delegaties. In het besef dat de rechter kan toetsen zolang er geen regels zijn gesteld, gingen zij na de nodige discussie akkoord met het voorstel om terug te keren naar de oude redactie.³⁹ De bepaling kreeg dus opnieuw de formulering die thans te vinden is in artikel 49 van het Statuut. Sindsdien is de redactie ongewijzigd gebleven.

Intussen had de conferentie ook op andere onderdelen vooruitgang geboekt en konden de voorlopige resultaten van de beraadslagingen worden samengevat in een ontwerp-Statuut van 13 mei 1952.⁴⁰ De verwachting dat de conferentie nu binnen enkele dagen het definitieve ontwerp zou kunnen vaststellen, vervloog toen bleek dat de Surinaamse delegatie de conferentie wenste op te schorten omdat zij haar desiderata met betrekking tot de gelijkwaardigheid en zelfstandigheid van de landen en het recht op zelfbeschikking onvoldoende verwerkelijkt zag. De conferentie besloot dat er een commissie moest komen die in kleiner verband het overleg over het Statuut zou voortzetten, waarna de conferentie haar werkzaamheden op basis van de resultaten van deze commissie zou kunnen

33. Zie noot 31.

34. NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 37.

35. Zie bijv. het verslag van de Surinaamse delegatie aan de Staten van Suriname, waar (op p. 54 van deel III) over de bepaling van het latere art. 49 Statuut wordt opgemerkt 'dat het hier het toetsingsrecht betreft, dat de rechter bezit (omdat het niet verboden is) en dat door de rijkswet moet worden geregeld' (NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 46; ook aangehaald in Van Helsdingen (noot 8), p. 507). Ik ben in de wordingsgeschiedenis van art. 49 Statuut één passage tegengekomen die op het eerste gezicht in de lijn ligt van de wijze waarop de Hoge Raad dit artikel in het Harmonisatiewet-arrest (zie hierna par. 6.3) heeft uitgelegd. Volgens de notulen van de ministerraad van 28 april 1952 heeft minister Peters (Uniezaken en Overzeese Rijksdelen, tevens voorzitter van de Nederlandse delegatie) ter vergadering medegedeeld dat '[t]en aanzien van het toetsingsrecht wordt overwogen de mogelijkheid te openen, dat dit op een later tijdstip bij Rijkswet kan worden verleend' (NA, Ministerraad (2.02.05.02), inv.nr. 396). Misschien is 'verleend' een ongelukkige woordkeus voor 'geregeld' of bedoelde de minister te zeggen dat, in gevallen waarin een toetsingsbevoegdheid niet aangenomen wordt, de rijkswetgever deze alsnog mag verlenen. Maar het kan natuurlijk ook zijn dat de passage getuigt van het feit dat de *tekst* van art. 49 Statuut gemakkelijk een misverstand oproept.

36. NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 34, 'Nieuwe redactie voor de punten 36 tot en met 46 (oud 33 tot en met 41)', 1 mei 1952.

37. NA, RTC Ned.-Sur.-Ned. Ant. (2.10.16), inv.nr. 1, map 2, not. Ned. delegatie 2 mei 1952.

38. NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 34, not. Centrale Commissie 2 mei 1952, p. 18.

39. NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 34, not. Centrale Commissie, 2 mei 1952, p. 18, en 7 mei 1952, p. 15.

40. Opgenomen onder *Kamerstukken II* 1952, 2454, nr. 2 (herdruk), p. 18-22.

hervatten.⁴¹ De ontstane impasse werd pas na geruime tijd via een compromisformule opgelost, maar in januari 1954 kon de door de conferentie in het vooruitzicht gestelde ‘Kleine Commissie’ eindelijk aan de slag. Van Nederlandse zijde hadden – naast Van der Grinten – de ministers Kernkamp (Overzeese Rijksdelen) en Donker (Justitie) zitting in de commissie. De Kleine Commissie pakte de draad op waar deze in mei 1952 was blijven liggen en rondde haar werkzaamheden af met een ontwerp-Statuut met toelichting van 6 februari 1954. De conferentie, die op 20 mei 1954 werd hervat, bracht nog enkele wijzigingen aan en bereikte op 3 juni 1954 overeenstemming over de definitieve tekst van het Statuut en de (gezamenlijke, officiële) toelichting.⁴² De beraadslagingen in de commissie en ter conferentie hebben, zoals gezegd, niet geleid tot een wijziging in de bepaling van artikel 49 van het Statuut. Wel is de bepaling in de Kleine Commissie inhoudelijk aan de orde geweest. De sprekers waren het erover eens dat het niet de bedoeling van de bepaling kon zijn dat bij rijkswet de Nederlandse wet aan toetsing werd onttrokken als dit niet eveneens gold voor landsverordeningen. Van der Grinten benadrukte in dit verband dat de grondwetsbepaling over de onschendbaarheid van de wetten slechts zag op de verhouding tussen wet en Grondwet en derhalve niet aan toetsing van de Nederlandse wet aan het Statuut in de weg behoefde te staan. De minister-president van de Nederlandse Antillen, Da Costa Gomez, die de Antilliaanse delegatie ter conferentie voorzات en deel uitmaakte van de Kleine Commissie, maakte nog een opmerking over de weinig bevredigende formulering van het artikel en de noodzaak om het uitvoerig toe te lichten.⁴³ Desondanks heeft de door de commissie vastgestelde toelichting bij het artikel niet kunnen verhinderen dat de Hoge Raad er 35 jaar na de totstandkoming van het Statuut een uitleg aan geeft die haaks staat op de betekenis die met het artikel was beoogd.

De officiële toelichting op artikel 49 van het Statuut luidt:

‘Het toetsingsrecht van de rechter ten aanzien van wettelijke maatregelen in de landen aan de regels van Rijksrecht is een aangelegenheid met verschillende facetten. Het lijkt niet raadzaam hieromtrent in het Statuut zelf te voorzien. De praktijk zal moeten leren welke voorziening of voorzieningen het meest aanbevelenswaardig zijn. Dit artikel opent de mogelijkheid, dat de Rijkswet ten aanzien van dit onderwerp regels geeft. Gedeeltelijk is thans reeds in dit onderwerp voorzien in de Grondwet, te weten voor zover het internationale regelingen betreft. Deze bepaling van de Grondwet geldt voor het gehele Koninkrijk.’⁴⁴

Het is opmerkelijk dat de toelichting rept van ‘wettelijke maatregelen in de landen’. Deze zinsnede kan, tezamen met het feit dat artikel 49 geplaatst is in de paragraaf over de staatsinrichting van de landen van het Koninkrijk, gemakkelijk de indruk wekken dat de term ‘wetgevende

maatregelen’ in artikel 49 slechts ziet op landsrecht. Zó gelezen zou artikel 49 niet de bevoegdheid verlenen om bij rijkswet regels te stellen voor de gevallen dat lager rijksrecht in strijd is met hoger rijksrecht of met een internationale regeling. Gelet op de wordingsgeschiedenis van het artikel is deze uitleg eerder met de wensen van de Caraïbische delegaties dan met de intentie van de Nederlandse delegatie te rijmen. Het kan echter ook zijn dat de toelichting slechts spreekt over de toetsingsbevoegdheid ten aanzien van wettelijke maatregelen in de landen zonder daarmee te veronderstellen dat de reikwijdte van het artikel beperkt is tot deze toetsingsbevoegdheid.

Na deze schets van de totstandkoming van artikel 49 kan ik kort zijn over de wording van artikel 5 lid 2 van het Statuut, dat ziet op het primaat van het Statuut ten opzichte van de Grondwet. Deze bepaling heeft haar oorsprong in het eerder besproken ‘Werkstuk’ van 11 februari 1952, waarin punt 1 lid 2 de volgende redactie had:

‘De Grondwet wordt met dit Statuut in overeenstemming gebracht.’

In deze redactie bevatte de bepaling een opdracht aan de grondwetgever om de Grondwet aan het Statuut aan te passen. De rechter had in de opzet van het Werkstuk immers van doen met punt 38 lid 1, dat hem de bevoegdheid verleende de Grondwet te toetsen aan het Statuut. Ondanks dat de Nederlandse delegatie en haar algemene en toegevoegde adviseurs tijdens (de voorbereiding van) de tweede RTC hebben geworsteld met het vraagstuk van rechterlijke toetsing van landsrecht aan rijksrecht, waren zij het er spoedig over eens dat het Statuut in ieder geval prevaleerde boven de Grondwet en dus de Grondwet opzijzette voor zover zij in strijd was met het Statuut.⁴⁵ In de ‘Nota inzake toetsingsrecht’ van 22 april 1952 wordt de bevoegdheid van de rechter om de Grondwet (ongeacht of het gaat om Koninkrijksaangelegenheden of Nederlandse aangelegenheden) te toetsen aan het Statuut, dan ook niet betwist. Als de kwestie enkele weken later aan de orde komt in een vergadering van de voorzitters en een aantal andere afgevaardigden van de drie delegaties ter conferentie, wordt deze opvatting van Nederlandse zijde opnieuw benadrukt. Het Statuut is van hogere orde dan de Grondwet, die haar rechtskracht verliest voor zover zij met het Statuut in strijd is, zo drukt men van Nederlandse kant de andere deelnemers aan de vergadering op het hart. Het Statuut kan dus niet aan de Grondwet worden getoetst, verduidelijkt Van der Grinten.⁴⁶

Inmiddels is dan de aangehaalde bepaling van punt 1 lid 2 van het Werkstuk op voorstel van de Nederlandse delegatie aangescherpt tot de bepaling die uiteindelijk is opgenomen in artikel 5 lid 2 van het Statuut:

41. *Kamerstukken II* 1952, 2454, nr. 2 (herdruk), p. 6; Van Helsdingen (noot 8), p. 124-128; Oostindie & Klinkers (noot 8), p. 125-127.

42. Verslag slotvergadering Conferentie, *Kamerstukken II* 1953/54, 3517, nr. 4.

43. Not. Kleine Commissie 21 januari 1954, p. 10-11 (NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv.nr. 41).

44. De officiële toelichting is gepubliceerd in *Kamerstukken II* 1953/54, 3517, nr. 2.

45. NA, Kabinet Minister-President (2.03.01), inv. nr. 4607, not. adviseurs 5 maart 1952, p. 8, 9, 11, 12, en 12 maart 1952, p. 2, 4.

46. NA, Dir. Sur. en Ned. Ant. (2.10.35.01), inv. nr. 34, not. Centrale Commissie 7 mei 1952, p. 15.

‘De Grondwet neemt de bepalingen van het Statuut in acht.’⁴⁷

Deze formulering richt zich niet alleen tot de grondwetgever, maar schrijft ook aan de Grondwet zelf een bepaalde kwaliteit toe. De officiële toelichting op artikel 5 verwoordt de betekenis van de bepaling aldus:

‘In het tweede lid is tot uitdrukking gebracht, dat, indien de Grondwet op bepaalde punten niet mocht stroken met het Statuut, de regeling van het Statuut prevaleert. De Grondwet zal met de bepalingen van het Statuut in overeenstemming moeten worden gebracht.’

De eerste volzin van deze toelichting laat er geen misverstand over bestaan dat het Statuut moet worden toegepast en niet de Grondwet, in het geval zij met elkaar conflicteren.⁴⁸ Dit geldt uiteraard ook voor de rechter. We zullen in par. 6.1 zien dat de grondwetgever van 1956 uit artikel 5 lid 2 en de officiële toelichting daarop de consequentie heeft getrokken dat een tekstuele aanpassing van de Grondwet aan hiervan afwijkende bepalingen van het Statuut een louter formele betekenis heeft, waarvoor in de toekomst een lichte procedure volstaat, aangezien deze bepalingen vanzelf de inhoud van de Grondwet wijzigen.

5. Aanvaarding van het Statuut voor het Koninkrijk

Nederland heeft het Statuut aanvaard via een wet die in de Kamers der Staten-Generaal met een versterkte meerderheid is aangenomen. Deze procedure berustte op de in 1948 in de Grondwet opgenomen bepalingen voor de overgang naar een nieuwe rechtsorde voor het Koninkrijk. Bij de parlementaire behandeling van het betrokken wetsontwerp speelt artikel 5 lid 2 in beide Kamers een prominente rol. Daarbij is min of meer in confesso dat het Statuut, voor zover dit nu of in de toekomst bepalingen bevat die afwijken van de Grondwet, voorrang heeft op de Grondwet en het grondwettelijk regime vanzelf wijzigt. Het probleem is echter dat een aantal volksvertegenwoordigers ongrondwettigheid meent te bespeuren. Voor een (gewone) grondwetsherziening is in tweede lezing in beide Kamers een gekwalificeerde meerderheid vereist. Daarentegen kunnen de Kamers in tweede lezing bij volstreekte meerderheid instemmen met een wijziging van het Statuut die afwijkt van de Grondwet (zie art. 55 Statuut) en haar dientengevolge materieel verandert. De regering en de meeste Kamerleden zien in deze consequentie van het samenspel van de artikelen 55 en 5 lid 2 van

het Statuut geen ongrondwettigheid die niet door de bijzondere grondwetsbepalingen voor de overgang naar een nieuwe rechtsorde gedekt wordt.⁴⁹ In de Tweede Kamer erkent de regering volmondig dat in de toekomst via een wijziging van het Statuut bepalingen van de Grondwet ‘krachteloos’ gemaakt zouden kunnen worden, maar wijst er ter relativering op dat sinds de grondwetsherziening van 1953 hetzelfde effect toekomt aan verdragen, terwijl voor de goedkeuring van verdragen die afwijken van de Grondwet eveneens een lichtere procedure geldt dan voor een normale grondwetsherziening.⁵⁰

Bij de behandeling van het wetsontwerp tot aanvaarding van het Statuut levert de uitleg van artikel 49 evenmin problemen op. Deze spreekt blijkbaar vanzelf. De Raad van State ziet geen aanleiding om – bijvoorbeeld vanwege onduidelijkheid – een opmerking over het artikel te maken in zijn advies over het wetsvoorstel.⁵¹ In het door de Tweede Kamer uitgebrachte voorlopig verslag wordt evenmin geïnformeerd naar de uitleg van het artikel. Wel wordt in het voorlopig verslag naar aanleiding van het artikel de vraag gesteld of ‘de rechter toetsingsrecht [heeft] ten aanzien van wettelijke maatregelen, die in strijd zijn met het Statuut, een internationale regeling, een Rijkswet of een algemene maatregel van Rijksbestuur’. De Kamerleden die deze vraag opwerpen, laten meteen aantekenen dat zij geneigd zijn haar bevestigend te beantwoorden. ‘De rechter heeft volgens de Grondwet, zoals deze thans luidt, immers het toetsingsrecht, behalve wanneer dit uitdrukkelijk is verboden.’⁵² Deze opmerking verwijst kennelijk naar de in 1953 in de Grondwet opgenomen bepaling over de voorrang van verdragsrecht boven wettelijke voorschriften. De reactie van de regering in de memorie van antwoord – ondertekend door de Minister van Overzeese Rijksdelen (Kernkamp), die eerder de Nederlandse delegatie en de Kleine Commissie had voorgezeten – is kort en bondig: ‘De vraag omtrent het toetsingsrecht wordt bevestigend beantwoord.’⁵³

In het licht van de dubia waarmee de Nederlandse delegatie en haar adviseurs ter conferentie hebben geworsteld en die de aanleiding zijn geweest voor de bepaling van artikel 49 van het Statuut, lijkt dit antwoord misschien stellig. Het is echter geen departementaal ongelukje, zoals wel eens is gesuggereerd.⁵⁴ Tegen de achtergrond van de (voorgestelde dan wel gerealiseerde) toetsingsbepalingen in het voorontwerp-rijksgrondwet van 1948, het Uniestatuut van 1949, het ontwerp-Statuut in het Werkstuk van 1952, en de Grondwet zoals die sinds 1953 luidde, is dit antwoord niet revolutionair. Dit geldt temeer als men bedenkt dat de, ook door de rechter in acht te nemen, voorrang van het Statuut op de Grondwet reeds voort-

47. Deze formulering komt reeds voor in het voorstel van 5 april 1952 (noot 28).

48. Uit de zinsnede ‘indien de Grondwet op bepaalde punten niet mocht stroken met het Statuut’ blijkt ondubbelzinnig dat de term ‘prevaleren’ niet slechts uitdrukt dat het Statuut van hogere orde is dan de Grondwet, maar ook impliceert dat het Statuut toepassing vindt in plaats van de Grondwet indien beide regelingen tot tegenstrijdige uitkomsten leiden. Anders zou de aangehaalde zinsnede overbodig zijn, aangezien de omstandigheid dat het Statuut in de normenhierarchie een hogere rang heeft dan de Grondwet natuurlijk niet afhangt van de vraag of de Grondwet op bepaalde punten in strijd is met het Statuut.

49. Zie o.a. *Kamerstukken II* 1953/54, 3517, nr. 5, p. 4-5; *ibidem*, nr. 7, p. 4; *Handelingen II* 1953/54, p. 1396, 1416, 1420, 1421, 1430, 1448 en 1449; *Kamerstukken I* 1954/55, 3517, nr. 15, p. 4-6; *Handelingen I* 1954/55, p. 28.

50. *Handelingen II* 1953/54, p. 1430.

51. NA, RTC Ned.-Sur.-Ned. Ant. (2.10.16), inv.nr. 5, map 18, advies Raad van State 15 juni 1954, nr. 61.

52. *Kamerstukken II* 1953/54, 3517, nr. 5, p. 5.

53. *Kamerstukken II* 1953/54, 3517, nr. 7, p. 5.

54. G. van den Bergh, ‘Het Statuut en het Toetsingsrecht’, *NJB* 1955, p. 224.

vloeide uit artikel 5 lid 2 van het Statuut. Bovendien verleende artikel 49 van het Statuut de rijkswetgever de bevoegdheid regels te stellen als de rechtspraak een ongewenste weg insloeg. Het door de regering in de memorie van antwoord betrokken standpunt dat de rechter bevoegd is wettelijke maatregelen te toetsen aan de in dit artikel genoemde regelingen van rijksrecht en internationaal recht, blijft tijdens de verdere behandeling van het wetsontwerp in de Tweede en Eerste Kamer onweersproken.⁵⁵ Bij de beraadslagingen over de aanvaarding van het Statuut in de Staten van Suriname en de Staten van de Nederlandse Antillen komt artikel 49 in het geheel niet aan de orde.⁵⁶ Nadat het Statuut door elk van de drie landen van het Koninkrijk van het Koninkrijk is aanvaard, wordt het op 29 december 1954 afgekondigd. Het treedt op dezelfde dag in werking.⁵⁷

6. Ontwikkelingen sinds de afkondiging van het Statuut voor het Koninkrijk

6.1. Artikel 5 lid 2 van het Statuut

De geschiedenis van de wijze waarop de artikelen 5 lid 2 en 49 sinds de afkondiging van het Statuut zijn uitgelegd, is wat betreft het voorschrift dat de Grondwet de bepalingen van het Statuut in acht neemt, gauw verteld. In 1956 wordt in de Grondwet de mogelijkheid geopend om bij de wet (in beide Kamers van de Staten-Generaal aan te nemen met gewone meerderheid van stemmen) de tekst van de Grondwet in overeenstemming te brengen met het Statuut.⁵⁸ De reden om voor aanpassing van de Grondwet aan het Statuut niet de normale procedure van grondwetsherziening voor te schrijven, is dat het Statuut voorgaat op de Grondwet en dat het Statuut, voor zover het afwijkt van de Grondwet, deze vanzelf aanvult of anderszins wijzigt. Bij de parlementaire voorbereiding van de grondwetsherziening van 1956 zijn regering en Staten-Generaal het geheel eens over deze uitleg van artikel 5 lid 2 van het Statuut.⁵⁹ In deze gedachtegang is een verandering van de Grondwet die geen verdergaande betekenis heeft dan haar in overeenstemming te brengen met het Statuut, declaratoir van aard; zij heeft geen verandering van het geldend recht tot gevolg. De memorie van toelichting betitelt haar als 'staatsrechtelijk irrelevant'.⁶⁰ Kort na de grondwetsherziening zet Van Helsdingen in zijn boek over het Statuut de strekking van artikel 5 lid

2 nog eens helder uiteen.⁶¹ Het verhindert niet dat de portee van het artikellid gemakkelijk over het hoofd wordt gezien. Zo meent Oud in zijn handboek over het constitutioneel recht van het Koninkrijk dat het Statuut de vraag of de rechter de Grondwet aan het Statuut mag toetsen, niet regelt en dat deze vraag voor het huidige recht ontkennend beantwoord moet worden.⁶² Hij lijkt dan vergeten te zijn dat hijzelf bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot aanvaarding van het Statuut, toen hij namens de VVD-fractie in de Tweede Kamer het woord voerde, naar aanleiding van artikel 5 lid 2 had benadrukt dat de bepalingen van het Statuut gelden en niet die van de Grondwet indien deze van elkaar afwijken.⁶³ Deze uitleg, die geheel aansloot bij de officiële toelichting op het artikellid en gedeeld werd door de regering en de meerderheid van de Staten-Generaal, kan toch niet anders betekenen dan dat de rechter in zo'n geval de bepalingen van het Statuut heeft toe te passen en niet de (nog niet aan het Statuut aangepaste) bepalingen van de Grondwet. Ook de conclusie van de advocaat-generaal voor het *Harmonisatiewet*-arrest getuigt van een verkeerd begrip van artikel 5 lid 2 van het Statuut. Daarin staat te lezen dat deze bepaling is te beschouwen als een instructie aan de grondwetgever waarop geen sanctie staat.⁶⁴ Een blik op de officiële toelichting of in het boek van Van Helsdingen had kunnen leren dat een formele aanpassing van de Grondwet aan het Statuut niet hoeft te worden afgewacht. In het *Harmonisatiewet*-arrest laat de Hoge Raad zich niet uit over de strekking van artikel 5 lid 2. Wel dreigt in de hedendaagse staatsrechtelijke literatuur het zicht op de oorspronkelijke strekking van dit artikel belemmerd te worden door de onhistorische uitleg die de Hoge Raad in dit arrest heeft gegeven aan artikel 49 van het Statuut. Een enkele auteur ontkent onder verwijzing naar dit arrest dat de Grondwet buiten toepassing blijft in geval van strijd met het Statuut,⁶⁵ terwijl menig auteur zich veiligheidshalve beperkt tot de opmerking dat uit artikel 5 lid 2 blijkt dat het Statuut van hogere orde is dan de Grondwet.⁶⁶

6.2. Artikel 49 van het Statuut

Vrijwel meteen na de totstandkoming van het Statuut ontstaat er in de literatuur een verhit debat over de vraag in hoeverre de rechter bevoegd is wettelijke voorschriften te toetsen aan het Statuut en lager rijksrecht. Buiten kijf

55. Art. 49 komt nog aan de orde in *Handelingen II* 1953/54, p. 1401 en 1427.

56. Van Helsdingen (noot 8), p. 508.

57. *Stb.* 1954, 596.

58. Art. 213 Gw (1956). Zie thans art. 142 Gw. De achtergrond van deze bepaling is helder beschreven door M.T. Oosterhagen, 'Artikel 142', in: P.W.C. Akkermans & A.K. Koekoek, *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*, 2e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 1223-1226.

59. *Kamerstukken II* 1955/56, 4144 (R 22), nr. 3, p. 3; *ibidem*, nr. 4, p. 3; *ibidem*, nr. 5, p. 2; *Handelingen II* 1955/56, p. 736-737, 743, 747-748, 753, 756 en 761; *Kamerstukken I* 1955/56, 4023 (R 10), 4133 (R 19) en 4144 (R 22), nr. 151, p. 7-8; *ibidem*, nr. 151a, p. 7; *Handelingen I* 1955/56, p. 377 en 399-400.

60. *Kamerstukken II* 1955/56, 4144 (R 22), nr. 3, p. 3.

61. Van Helsdingen (noot 8), p. 172-176 en 292-296.

62. P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, deel II, 2e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 22.

63. *Handelingen II* 1953/54, p. 1396. Zie ook *Handelingen II* 1955/56, p. 736-737 en 761.

64. Concl. A-G Mok (par. 5.3) voor HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (*Harmonisatiewet*).

65. Zie o.a. B.M.J. van der Meulen, 'Artikel 142', in: A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, 3e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 613-614. Dezelfde opvatting in concl. A-G Langemeijer (zie aldaar nt. 33) voor HR 7 november 2003, AB 2005, 49 (*Nederlands-Antilliaans Uitleveringsbesluit*).

66. Zie voor een bloemlezing H.G. Hoogers, *De normenhiërarchie van het Koninkrijk der Nederlanden. Een bijdrage aan het constitutioneel Koninkrijksrecht*, Nijmegen: WLP 2009, p. 17-18, nt. 20.

staat dat de rechter een algemene maatregel van bestuur of van rijksbestuur moet toetsen aan de rijkswet en aan het Statuut.⁶⁷ De discussie gaat over de vraag of de rechter ook bevoegd is de wet en de Grondwet te toetsen aan het Statuut, de rijkswet en de algemene maatregel van rijksbestuur en of hij bevoegd is de rijkswet te toetsen aan het Statuut. De auteurs die haar bevestigend beantwoorden, beroepen zich op een keur van argumenten: het hiermee overeenstemmende standpunt in het voorlopig verslag en de memorie van antwoord bij de behandeling van het wetsvoorstel tot aanvaarding van het Statuut in de Tweede Kamer; de omstandigheid dat het Statuut de hoogste regeling van het Koninkrijk is; en het argument dat, nu sinds de grondwetsherziening van 1953 vaststaat dat de rechter de (Grond)wet mag toetsen aan verdragsrecht, het in de rede ligt dat hij deze ook mag toetsen aan rijksregelingen.⁶⁸ Het andere kamp betoogt daarentegen dat de Nederlandse rechter op grond – of naar analogie – van de grondwetsbepaling die de wetten onschendbaar verklaart, de bevoegdheid mist om de wet aan het Statuut of ander rijksrecht, en om de rijkswet aan het Statuut te toetsen.⁶⁹ Sommige auteurs menen dat het de rechter a fortiori niet is toegestaan de Grondwet aan het Statuut te toetsen,⁷⁰ terwijl een enkeling onderkent dat uit artikel 5 lid 2 van het Statuut voortvloeit dat, wanneer strijd tussen de Grondwet en het Statuut niet vermeden kan worden door een harmoniserende uitleg van de Grondwet, het Statuut voorgaat en dus een (tekstuele) aanpassing van de Grondwet niet behoeft te worden afgewacht.⁷¹ In het debat over de vraag in hoeverre de rechter wettelijke voorschriften mag toetsen aan het Statuut en lager rijksrecht, fungeert artikel 49 van het Statuut slechts als kapstok en niet als beslissend argument. Beide kampen zijn zich ervan bewust dat dit artikel de toetsingsvraag openlaat, zolang hierover geen regels zijn gesteld bij rijkswet. Hetgeen Van Helsdingen in zijn in 1957 verschenen boek mededeelt over de wordingsgeschiedenis van artikel 49, moet in dit licht begrepen worden. Als hij schrijft dat de wordingsgeschiedenis ‘niet bepaald verhelderend’ is,⁷² bedoelt hij niet dat de betekenis van het artikel onduidelijk is, maar dat de wordingsgeschiedenis geen

bevredigend beeld oplevert van de omvang van de rechterlijke bevoegdheid om wettelijke voorschriften te toetsen aan rijksrecht.

Na de monografie van Van Helsdingen verflauwt de belangstelling voor de toetsingskwesitie. Het zijn vooral de staatsrechtelijke handboeken die er dan nog aandacht aan besteden.⁷³ Er dwarrelt weinig stof op als de regering in 1963 in de memorie van toelichting bij de ontwerp-Rijkswet belastingregeling voor het Koninkrijk zonder een spoor van twijfel schrijft dat een rijkswet naar haar aard van hogere orde is dan de door elk der landen autonoom vastgestelde wettelijke voorschriften en dat de autonome belastingwetgeving buiten toepassing blijft voor zover toepassing in strijd komt met de onderhavige rijkswet.⁷⁴ Deze opvatting ligt ook ten grondslag aan het voorlopig verslag van de Tweede Kamer en staat tijdens de verdere parlementaire behandeling van het wetsontwerp evenmin ter discussie.⁷⁵ De rechter past de Belastingregeling voor het Koninkrijk (BRK) aanvankelijk dan ook onbekommerd toe, zo nodig met voorrang op bepalingen van Nederlandse fiscale wetten.⁷⁶ Gelet op de parlementaire geschiedenis van de BRK, ligt het voor de hand hierin een toepassing van de *lex superior*-regel te zien, maar wie dit niet kan aanvaarden, zal in enkele gevallen deze jurisprudentie wellicht kunnen verklaren met behulp van de *lex specialis*- en de *lex posterior*-regel.

De meerduidigheid van de jurisprudentie maakt dat de discussie in de literatuur gemakkelijk weer opblaait. De aanleiding is een onder vigeur van de BRK ontstane belastingvlucht naar de Nederlandse Antillen, de zogenoemde ‘Antillenroute’. In 1983 publiceren twee belastinginspecteurs in het *Weekblad voor Fiscaal Recht* een artikel over de Antillenroute, waarin zij de stelling in twijfel trekken dat de BRK (een rijkswet) van hogere orde is dan Nederlandse wetten.⁷⁷ Het artikel ontketent een levendig debat in de fiscale literatuur en daarbuiten.⁷⁸ Als de regering in 1984 ter ontmoediging van de Antillenroute een voorstel tot wijziging van de BRK indient, maakt zij een opmerkelijke ommezwaai. De regering neemt uitdrukkelijk afstand van hetgeen zij in 1954, bij de parlementaire behandeling van het Statuut, aan de Tweede Kamer had

67. Van den Bergh (noot 54), p. 224-225.

68. A.J. Haakman, ‘Het Statuut voor het Koninkrijk en de Grondwet’, *NJB* 1954, p. 885-891; J.H.A. Logemann, ‘De hiërarchie der wettelijke regelingen in het statuut’, *NJB* 1955, p. 433-440; R. Kranenburg, *De nieuwe structuur van ons Koninkrijk*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1955, p. 57-62; R. Kranenburg, *Het Nederlands staatsrecht*, 8e druk, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1958, p. 293-294.

69. J. van der Hoeven, ‘De nieuwe rechtsorde en de Grondwet’, *NJB* 1955, p. 74-79; Van den Bergh (noot 54), p. 221-227; J. van der Hoeven, ‘Rijkswet en Landswet’, *NJB* 1955, p. 337-339; G. van den Bergh, ‘Statuut, Rijkswet, Grondwet en Wet’, *NJB* 1955, p. 703-706; C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 8e druk (bewerkt door A.M. Donner), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968, p. 609-610; Oud (noot 62), p. 22.

70. Zie de in de voorgaande noot genoemde publicaties van Van den Bergh, Van der Pot/Donner en Oud.

71. Van der Hoeven, ‘Nieuwe rechtsorde’ (noot 69), p. 79.

72. Van Helsdingen (noot 8), p. 508.

73. Kranenburg, *Nederlands staatsrecht* (noot 68), p. 293-294; Van der Pot/Donner (noot 69), p. 609-610; Oud (noot 62), p. 22.

74. *Kamerstukken II* 1962/63, 7181 (R 344), nr. 3, p. 11 en 15.

75. *Kamerstukken II* 1963/64, 7181 (R 344), nr. 6, p. 1; K. Bongenaar, *Rijkswet en rechterlijke toetsing. Beschouwingen over de Belastingregeling voor het Koninkrijk en haar verhouding tot Nederlandse belastingwetten*, Willemstad: Institute for Fiscal and Financial Studies 1986, p. 20.

76. Hof ’s-Gravenhage 4 januari 1971, *BNB* 1971/228; Hof ’s-Gravenhage 26 maart 1973, *BNB* 1974/127; Hof Amsterdam 7 maart 1974, *BNB* 1975/38; Hof ’s-Gravenhage 5 april 1984, *Fiscaal weekblad FED* 1985/80 (voortzetting: HR 8 januari 1986, *BNB* 1986/127). Vgl. Raad van Beroep voor Belastingzaken (te Willemstad) 2 februari 1971, *Justicia* 1971/26 (p. 49-52), waarin overwogen wordt dat de Landsverordening op de Inkomstenbelasting 1943 door een rijkswet terzijde gesteld kan worden.

77. N. van Beelen & P.G. Kroon, ‘Perikelen rond de uitvoering van artikel 11 Belastingregeling voor het Koninkrijk’, *WFR* 1983, nr. 5602, p. 1021-1023.

78. N. van Beelen, ‘Staatsrechtelijke aspecten van de Antillenroute’, *Staatkundig Jaarboek* 1986, p. 199-209, met literatuurverwijzingen.

geantwoord over het toetsingsrecht. Thans betoogt de regering, althans de Staatssecretaris van Financiën, dat een rijkswet weliswaar van hogere orde is dan een gewone wet, maar dat de Nederlandse rechter de gewone wet niet mag toetsen aan de rijkswet of het Statuut. Omdat de *posterior*- en de *specialis*-regel slechts gelden voor wettelijke voorschriften van gelijke rang, is de rechter in de opvatting van de staatssecretaris in het geheel niet bevoegd de gewone wet buiten toepassing te laten ten gunste van een rijkswet. Rechtspraak die niet met deze consequentie strookt, wuift hij weg met het argument dat zijn eigen ministerie verzuimd heeft beroep in cassatie in te stellen.⁷⁹ Tijdens de openbare beraadslagingen in de Tweede en Eerste Kamer, waaraan ook bijzonder gedelegeerden van de Staten van de Nederlandse Antillen deelnemen, blijft de opvatting van de regering dat de rechter Nederlandse wetten niet mag toetsen aan rijkswetten en het Statuut, niet onweersproken.⁸⁰ Uiteindelijk laten de Staten-Generaal zich echter paaen met de toezegging van de staatssecretaris dat hij zal bevorderen dat in de uitvoeringspraktijk de Nederlandse belastingwetgeving buiten toepassing blijft indien toepassing in strijd komt met de BRK, die immers van hogere orde is.⁸¹ Een belanghebbende die zich tekortgedaan voelt, moet zich maar wenden tot het Ministerie van Financiën!⁸²

De rechter laat zich niet zo gemakkelijk buitenspel zetten. Als de Hoge Raad zich na de parlementaire behandeling van deze wijziging van de BRK voor het eerst uitlaat over de vraag welke regeling toepassing moet vinden indien de BRK en een gewone Nederlandse belastingwet met elkaar in strijd komen, heeft hij het *Harmonisatiewet*-arrest al gewezen. Dit arrest noopt hem tot een compromis. Nu de Hoge Raad in dit arrest heeft geoordeeld dat de rechter een Nederlandse wet niet mag toetsen aan het Statuut, ligt het in de rede dat de rechter een Nederlandse wet evenmin mag toetsen aan een rijkswet. Maar uit het oogpunt van rechtsbescherming en in het licht van eerdere rechterlijke uitspraken, is dit natuurlijk onbevredigend. De Hoge Raad kiest voor de constructie dat, ingeval toepassing van de BRK in strijd komt met een Nederlandse belastingwet, de bepalingen van de BRK toepassing vinden, voor zover deze als een bijzondere regeling ten opzichte van de Nederlandse belastingwet kunnen worden opgevat (ongeacht of de bepalingen van jongere of latere datum zijn dan de gewone belastingwet). Door de *lex specialis*-regel te betrekken op de verhouding tussen de BRK en de Nederlandse belastingwet, beperkt de Hoge Raad de 'schade' van het *Harmonisatiewet*-arrest. Daarvoor betaalt hij wel de prijs dat uit zijn jurisprudentie lijkt voort te vloeien dat een rijkswet en een Nederlandse belastingwet gelijk in rang zijn. Ik schrijf 'lijkt', omdat de Hoge Raad in de betrokken arresten geen overweging wijdt aan de onderlinge rangorde van rijkswet en Neder-

landse wet.⁸³ Dogmatiek en compromis gaan tenslotte moeilijk samen.

Sinds de hierboven besproken parlementaire behandeling van het voorstel tot de wijziging van de BRK, dus medio jaren tachtig, is er een nieuw element geslopen in de discussie over de vraag in hoeverre de rechter wettelijke maatregelen mag toetsen aan het Statuut en ander rijksrecht. Dit is de gedachte dat het antwoord afhangt van de uitleg van artikel 49 zelf. Tijdens deze parlementaire behandeling is van Antilliaanse zijde betoogd dat de tekst van artikel 49 van het Statuut tot uitdrukking brengt dat wetgevende maatregelen mogen worden getoetst aan de in dit artikel bedoelde regelingen van rijks- en internationaal recht en dat dit artikel aan de rijkswetgever slechts de bevoegdheid delegeert om regels te stellen met betrekking tot de procedure en de gevolgen van deze toetsing.⁸⁴ Dit is een stelling die ik niet eerder in de politieke en wetenschappelijke discussies ben tegengekomen. De tegenovergestelde opvatting wordt verwoord – en bestreden – in een studie over rechterlijke toetsing van landswetten aan rijkswetten en het Statuut, die Bongenaar naar aanleiding van deze parlementaire behandeling heeft gepubliceerd. Bongenaar schrijft dat de staatssecretaris bij die gelegenheid het argument in stelling heeft gebracht dat uit de tekst van artikel 49 en de officiële toelichting daarbij, moet worden afgeleid dat deze toetsingsbevoegdheid ontbreekt zolang de in het artikel genoemde rijkswet er niet is.⁸⁵ Ik betwijfel of de staatssecretaris dit inderdaad heeft willen betogen, maar ik laat dit punt rusten.⁸⁶ Waar het mij om gaat, is dat zich de eerste tekenen aandienen van een wending in de argumentatie, die uiteindelijk de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest op het verkeerde been zet.

6.3. De Harmonisatiewet-zaak

Deze zaak ontleent haar naam aan de Wet harmonisatie collegegelden, die op 27 juli 1988 in werking trad. De 'Harmonisatiewet' was een bezuinigingsmaatregel, die onder meer tot gevolg had dat studenten die met een tweede studie bezig waren, door de inwerkingtreding van deze wet de totale tijd die zij als student ingeschreven konden staan, abrupt verkort zagen. De Landelijke Studenten Vakbond (LSVb) en een aantal individuele eisers dagvaardden de Staat in kort geding voor de Rechtbank 's-Gravenhage en vorderden een verbod om de gewijzigde wetgeving toe te passen op studenten die in het studiejaar 1987/1988 al bezig waren aan een tweede studie. Zij betoogden, voor zover voor deze bijdrage van belang, dat deze toepassing in strijd zou zijn met ongeschreven rechtsbeginselen en met de in artikel 43 van het Statuut vervatte beginselen van rechtszekerheid en deugdelijkheid van bestuur.

In zijn spraakmakend vonnis van 11 augustus 1988 wijst de President van de Rechtbank 's-Gravenhage (Wijnholt)

79. *Kamerstukken II* 1984/85, 18 747 (R 1271), nr. 6, p. 3; *Handelingen II* 1984/85, p. 5474.

80. *Handelingen II* 1984/85, p. 5386-5387, 5397 en 5504-5505; *Handelingen I* 1985/86, p. 214 en 217.

81. *Kamerstukken II* 1984/85, 18 747 (R 1271), nr. 6, p. 4; *Handelingen II* 1984/85, p. 5474, 5502 en 5527; *Handelingen I* 1985/86, p. 224.

82. Het staat er echt: *Handelingen II* 1984/85, p. 5527.

83. HR 4 april 1990, *BNB* 1990/156; HR 16 maart 1994, *BNB* 1994/191.

84. *Handelingen II* 1984/85, p. 5386-5387.

85. Bongenaar (noot 75), p. 94.

86. Zie *Handelingen II* 1984/85, p. 5474.

rechterlijke toetsing van de wet aan ongeschreven rechtsbeginselen weliswaar af, maar honoreert hij wel het beroep op artikel 43 van het Statuut. De vraag of de Nederlandse rechter een wet mag toetsen aan het Statuut beantwoordt de president op grond van een uitvoerige motivering bevestigend. Hij stelt voorop dat het Statuut zelf zich noch in artikel 49, noch in enig ander artikel uitlaat over het toetsingsrecht. Wat voor de president uiteindelijk de doorslag geeft, is dat blijkens de officiële toelichting op artikel 49 en hetgeen Van Helsdingen in zijn boek mededeelt over de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel, de landen van het Koninkrijk met een regeling over toetsing wilden wachten totdat er praktijkervaring met toetsing zou zijn opgedaan. De president leidt hieruit af dat de rechter toetsingsbevoegdheid heeft. Bovendien, zo redeneert hij, als de rechter deze bevoegdheid niet erkent, dan ontstaat er een vacuüm: de rijkswetgever wacht op de rechter, de rechter wacht op de rijkswetgever.⁸⁷ Door het vonnis laait de discussie over rechterlijke toetsing van de wet aan het Statuut opnieuw op.⁸⁸

De Staat stelt met instemming van de wederpartijen (sprong)cassatie in bij de Hoge Raad. Deze oordeelt in zijn arrest van 14 april 1989 dat de rechter de wet noch aan ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen, noch aan het Statuut mag toetsen en wijst de vordering van de LSVb c.s. af.⁸⁹ De hiervóór aangestipte wending in het debat over de vraag of de rechter de wet mag toetsen aan het Statuut, krijgt haar beslag in de motivering waarmee de Hoge Raad deze vraag ontkennend beantwoordt. Terwijl voor de President van de Haagse Rechtbank nog het uitgangspunt was dat artikel 49 van het Statuut zich niet uitliet over deze vraag, meent de Hoge Raad dat het er bij de beantwoording 'vooral' om gaat welke betekenis moet worden toegekend aan dit artikel. Het vaststellen van de oorspronkelijke betekenis van artikel 49 vormt dan ook de hoofdlijn in de argumentatie waarmee de Hoge Raad zijn oordeel motiveert dat de rechter de wet niet mag toetsen aan het Statuut. Daarna besteedt hij een korte, ondersteunende, overweging aan de rechtsontwikkeling sinds de afkondiging van het Statuut. Ik begin met de hoofdlijn.

De Hoge Raad is van oordeel dat de tekst van artikel 49 van het Statuut en de officiële toelichting op dit artikel twee verschillende, elkaar uitsluitende lezingen toelaten: 1. Men heeft, anders dan in het Nederlandse recht, in het Koninkrijksrecht rechterlijke toetsing van de wet (in formele zin) niet van meet af aan willen uitsluiten, maar de vraag of een dergelijk toetsingsrecht zou worden ingevoerd, willen overlaten aan de rijkswetgever, aan wie artikel 49 de bevoegdheid delegeert het toetsingsvraagstuk te regelen.

2. Artikel 49 delegeert aan de rijkswetgever slechts de bevoegdheid een aan de rechter in beginsel toekomstend toetsingsrecht zo nodig nader te regelen.

De Hoge Raad kiest op rechts- en wetshistorische gronden voor de eerste lezing. Hoewel hij refereert aan de al direct na de totstandkoming van het Statuut in de doctrine

ontstane verdeeldheid over de vraag of de rechter de wet aan het Statuut mag toetsen, geeft het arrest geen blijk van besef dat deze uitleg van artikel 49 in de doctrine nimmer was verdedigd. Het doorslaggevend argument dat de Hoge Raad voor zijn lezing van het artikel aanvoert, houdt verband met zijn uitleg van het grondwettelijk toetsingsverbod. In het *Harmonisatiewet*-arrest overweegt de Hoge Raad dat dit verbod, zowel in de oude als de huidige formulering, de betekenis heeft dat het elke toetsing van de wet, aan welke hogere regel dan ook, uitsluit, zij het dat de Grondwet sinds 1953 een *uitzondering* bevat voor toetsing aan (eenieder verbindende bepalingen van) verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Een dergelijk ruim toetsingsverbod is volgens de Hoge Raad 'wezenlijk' voor de 'traditionele' plaats van de rechterlijke macht in het Nederlands staatsbestel. Tegen deze achtergrond, zo redeneert de Hoge Raad, ligt het niet voor de hand te veronderstellen dat men bij de totstandkoming van het Statuut rechterlijke toetsing van de wet aan het Statuut 'zou hebben willen invoeren'. De Hoge Raad verwijst naar het verzet dat de Nederlandse regering ongeveer tegelijkertijd bood tegen de via het amendement-Serrarens in de Grondwet opgenomen uitzondering op het toetsingsverbod. De gedachte dat men van Nederlandse zijde destijds een beslissing over de vraag of de rechter de wet mocht toetsen aan het Statuut, voor zich uitschoof door deze over te laten aan de rijkswetgever (dit is de eerste lezing), ligt meer in de lijn van dit verzet dan de tweede lezing.

De Hoge Raad legt echter de parlementaire geschiedenis van de grondwetsherziening van 1953 verkeert uit. Deze geschiedenis weersprekt de opvatting dat de regering zich tegen de invoering in de Grondwet van de voorganger van het huidige artikel 94 Gw heeft verzet met de stelling dat dit een *uitzondering* in het leven zou roepen op het toetsingsverbod. Tegenover de Tweede Kamer beriep de regering zich destijds op het argument dat de vraag of de rechter posterieure wetten zou moeten toetsen aan anterieur verdragsrecht, nog niet rijp was voor een uitspraak van de grondwetgever en dat het beter was de verdere ontwikkeling van de rechtsopvattingen op dit punt af te wachten. Uit de parlementaire stukken blijkt zonneklaar dat de regering geen uitspraak wilde doen over de vraag of naar geldend recht rechterlijke toetsing van posterieure wetten aan anterieure verdragen geoorloofd was, juist omdat zij geen hypotheek wenste te leggen op de toekomstige rechtsontwikkeling.⁹⁰ Nergens in de parlementaire stukken heeft de regering dan ook de door een minderheid van de Kamerleden betrokken – maar door de meerderheid verworpen – stelling onderschreven dat aanvaarding van het amendement-Serrarens een uitzondering op de grondwetsbepaling over de onschendbaarheid van de wetten in het leven zou roepen. Deze stelling zou bovendien moeilijk te verenigen zijn geweest met het feit dat de Nederlandse rechter al vanaf eind 1949 op grond van artikel 18 van het Uniestatuut verplicht was om aan het recht van de Nederlands-Indonesische Unie voorrang te verlenen boven de wet en ander

87. Rb. 's-Gravenhage (pres.) 11 augustus 1988, AB 1988, 470.

88. Zie de literatuurverwijzingen in de concl. van A-G Mok voor het *Harmonisatiewet*-arrest.

89. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (*Harmonisatiewet*).

90. *Kamerstukken II* 1951/52, 2374, nr. 3, p. 3; *ibidem*, nr. 10, p. 28.

nationaal recht. Bij de aanvaarding van het Uniestatuut was de verhouding van artikel 18 tot het grondwettelijk toetsingsverbod voor de regering en de Staten-Generaal geen thema geweest.⁹¹ Elders is er al op gewezen dat ook de Hoge Raad zelf, anders dan hij in het *Harmonisatiewet*-arrest veronderstelt, in het zogenoemde tweede *Nyugat*-arrest van 6 maart 1959 in het amendement-Serrarens geen uitzondering heeft gelezen op de grondwetsbepaling over de onschendbaarheid van de wetten.⁹² Kortom, de historische argumentatie waarmee de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest zijn keuze voor de eerste van de twee hierboven genoemde lezingen van artikel 49 van het Statuut motiveert, snijdt geen hout.

Wat doet de Hoge Raad eigenlijk met het bevestigende antwoord dat de regering bij de behandeling van het wetsontwerp tot aanvaarding van het Statuut heeft gegeven op de vraag of de rechter bevoegd is wettelijke maatregelen te toetsen aan het Statuut, een internationale regeling, een rijkswet of een algemene maatregel van rijksbestuur? Hij schuift het antwoord eenvoudig terzijde als een ‘enkele uittaling van de regering’.

Tot zover de argumentatie waarmee de Hoge Raad de betekenis van artikel 49 van het Statuut meent vast te stellen. Daarna wijdt hij nog een overweging aan de rechtsontwikkeling sinds de afkondiging van het Statuut, die als een meer ondersteunend argument fungeert om toetsing van de wet aan het Statuut af te wijzen. Hij wijst erop dat er, afgezien van het bestreden vonnis van de Haagse Rechtbankpresident, geen uitspraken bekend zijn waarbij de rechter in een van de landen een wettelijke maatregel aan het Statuut heeft getoetst. In zoverre is er sprake van ‘een traditie van niet-toetsing’ die, aldus de Hoge Raad, overeenstemt met hetgeen ingevolge de ruime betekenis van het grondwettelijk toetsingsverbod in Nederland geldt. Hiermee lijkt de cirkel rond. Maar in werkelijkheid ondersteunt de rechtsontwikkeling sinds de afkondiging van het Statuut de door de Hoge Raad gegeven uitleg van artikel 49 juist niet.⁹³ De Hoge Raad leest in dit artikel dat het de rechter niet is toegestaan de wet aan het Statuut te toetsen zolang deze toetsingsbevoegdheid niet bij rijkswet is ingevoerd. Het artikel is echter algemeen geformuleerd. Deze lezing kan derhalve niet anders betekenen dan dat artikel 49 van het Statuut elke rechterlijke toetsing van wetgevende maatregelen in de zin van dit artikel aan de aldaar bedoelde regelingen van rijksrecht of internationaal recht uitsluit, zolang deze toetsing niet bij rijkswet is geregeld.⁹⁴ De gebeurtenissen

sinds de inwerkingtreding van het Statuut staan op gespannen voet met deze uitleg van artikel 49. Ik herinner eraan dat er steeds van uit is gegaan dat de rechter een algemene maatregel van bestuur of van rijksbestuur moet toetsen aan de rijkswet en aan het Statuut.⁹⁵ Voorts stond voor de grondwetgever van 1956 buiten kijf dat het Statuut voortgaat op de Grondwet en dat tekstuele aanpassingen van de Grondwet aan hiervan afwijkende bepalingen van het Statuut derhalve materieel geen wijziging in het recht brengen. Bij de parlementaire behandeling van de BRK sprak het eveneens vanzelf dat Nederlandse belastingwetten buiten toepassing dienden te blijven voor zover deze toepassing in strijd kwam met deze rijkswet. Er zijn uitspraken van belastingrechters die hierbij aansluiten. Bovendien laat de Hoge Raad enkele constitutionele bepalingen onvermeld die de rechter verplichten in de daarin genoemde gevallen anterior landsrecht te laten wijken voor rijksrecht.⁹⁶

6.4. Epiloog

Na het *Harmonisatiewet*-arrest gaat het wetenschappelijk debat over de vraag of de rechter de wet mag toetsen aan het Statuut even snel liggen als het naar aanleiding van het vonnis van de Haagse Rechtbankpresident was opge-laaid. Weliswaar wordt de motivering waarmee de Hoge Raad toetsing van de wet aan het Statuut afwijst in enkele annotaties stevig bekritiseerd,⁹⁷ maar uitvoerige wetenschappelijke beschouwingen naar aanleiding van deze motivering blijven achterwege. In het kielzog van het kortgedingvonnis zijn er veel publicaties over deze toetsingskwesitie verschenen en kennelijk wordt het vraagstuk inmiddels als uitgekauwd en sinds de uitspraak van de Hoge Raad ook als afgedaan beschouwd. Daardoor blijft onopgemerkt dat de uitleg die de Hoge Raad aan artikel 49 geeft, sinds de totstandkoming van het Statuut niet of nauwelijks verdedigd is en dus nieuw lijkt te zijn. De lezing van de Hoge Raad wordt gezien als een al dan niet betwistbare keuze tussen twee historisch mogelijke interpretaties van artikel 49. Met het *Harmonisatiewet*-arrest verdwijnt de oorspronkelijke betekenis van het artikel uit het collectief geheugen van de jurist.⁹⁸ Het arrest voegt zich moeiteloos in de canon van het staatsrecht, zodat de ‘traditie van niet-toetsing’ waar de Hoge Raad zich op beroept, alsnog gestalte krijgt.⁹⁹ Waar toetsing van de wet of van landsverordeningen aan rijksrecht gewenst wordt

91. Zie de parlementaire behandeling van de Wet Souvereiniteitsoverdracht Indonesië, *Kamerstukken* 1478.

92. C.A.J.M. Kortmann in zijn noot onder het *Harmonisatiewet*-arrest in *RM* 1989, p. 83; Fleuren (noot 2), p. 138-139.

93. Zie ook H.F. Munneke, ‘Regels van Koninkrijksrecht en rechterlijke toetsing. Nederlandse en Antilliaanse rechters aan het woord’, *TvO* 1988, p. 27-30.

94. Dit roept de vraag op of aan de argumentatie in het *Harmonisatiewet*-arrest misschien de veronderstelling ten grondslag ligt dat de term ‘wetgevende maatregelen’ in art. 49 Statuut slechts ziet op wetten in formele zin en landsverordeningen. Deze veronderstelling is niet alleen onjuist; reeds de betekenis waarin de termen ‘wetgeving’ en ‘wetgevende maatregelen’ in de aanpalende artikelen worden gebezigd, maakt het onwaarschijnlijk dat deze veronderstelling het arrest is binnengeslopen.

95. Van den Bergh (noot 54), p. 224-225; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 191.

96. Art. 56 Statuut; art. 20 jo. art. 2 Staatsregeling van de Nederlandse Antillen (thans vervallen). Zie ook Hof van Justitie Ned. Antillen 14 augustus 1956, *Antilliaans Juristenblad* 1956, p. 86-87, waarin in een overweging ten overvloede aan een KB dat ten gevolge van het Statuut de status van een AMvRB had gekregen, voorrang wordt gegeven boven het Antilliaans Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

97. E.M.H. Hirsch Ballin, *AA* 1989, p. 578-592; C.A.J.M. Kortmann, *RM* 1989, p. 80-84.

98. Kortmann is echter het oordeel van de Hoge Raad over art. 49 Statuut op historische gronden blijven betwisten: C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 110.

99. Zie bijv. Gem. Hof NA en Aruba 4 september 1990, *Tijdschrift voor Antilliaans recht – Justicia* 1991, p. 28-30.

geacht, zal de rijkswetgever deze bevoegdheid moeten vastleggen.¹⁰⁰

De toekomst zal leren hoe deze geschiedenis verder gaat. Met ingang van 10 oktober 2010 zijn de Nederlandse Antillen opgeheven. Sindsdien zijn de eilandgebieden Curaçao en Sint Maarten landen in het Koninkrijk, terwijl de eilandgebieden Bonaire, Sint Eustatius en Saba deel uitmaken van het staatsbestel van Nederland. In het in verband daarmee gewijzigde Statuut zijn de artikelen 5 lid 2 en 49 onveranderd gebleven.¹⁰¹ Hoe de uitleg van deze bepalingen zich verder ontwikkelt, is moeilijk te voorzien. Het zou natuurlijk kunnen dat de rechtspraak de in het *Harmonisatiewet*-arrest gegeven lezing van artikel 49 van het Statuut te gelegener tijd heroverweegt, nu de argumentatie waarop deze lezing steunt, ondeugdelijk blijkt te zijn. Een heroverweging zou bovendien kunnen passen in de ontwikkelingen die zich in de landen van het Koninkrijk op het gebied van constitutionele toetsing voordoen. De staatsregelingen van Aruba, Curaçao en Sint Maarten staan de rechter tot op zekere hoogte toe landsverordeningen aan de staatsregeling te toetsen. Deze bevoegdheid strekt zich in Aruba en Curaçao uit tot een aantal artikelen in de staatsregeling inzake klassieke grondrechten en het kiesrecht, en in Sint Maarten tot de gehele staatsregeling, met uitzondering van bepalingen die zich ‘naar inhoud’ niet voor toetsing lenen.¹⁰² Voorts is inmiddels in eerste lezing het voorstel-Halsema aangenomen.¹⁰³ Mocht dit voorstel de eindstreep halen, dan zal ook in Nederland de rechter bevoegd zijn wetten buiten toepassing te laten wanneer deze toepassing niet verenigbaar is met een aantal grondwetsbepalingen die zien op klassieke grondrechten en het kiesrecht. Het verdere verloop van de interpretatiegeschiedenis van artikel 5 lid 2 van het Statuut is evenmin gewis. Als de jurisprudentie haar uitleg van artikel 49 van het Statuut niet wijzigt, blijft vooralsnog onduidelijk of de aan dit artikel lid ten grondslag liggende opvatting dat het Statuut en niet de Grondwet toepassing vindt indien zij met elkaar in strijd komen, zich zal weten door te zetten of onder invloed van het *Harmonisatiewet*-arrest zal verdwijnen. Wat ook de volgende stappen in de ontwikkeling van de artikelen 5 lid 2 en 49 van het Statuut zijn, zij zullen thans kunnen worden gezet met kennis van hun voorgeschiedenis.

7. Conclusies

Zowel het in 1948 opgestelde voorontwerp van een rijksgrondwet als het in 1952 gepubliceerde Werkstuk bevatte een bepaling die rechterlijke toetsing van landsrecht aan rijksrecht (en verdragsrecht) voorschreef. Op de tweede rondetafelconferentie met Suriname en de Nederlandse Antillen bleek er echter van Nederlandse zijde bezwaar te bestaan tegen een dergelijke stellig geformuleerde toetsingsbepaling. Het was met name moeilijk verteerbaar dat de rechter de bevoegdheid zou krijgen de wet en zelfs de Grondwet te toetsen aan een algemene

maatregel van rijksbestuur. Op aandringen van de Nederlandse delegatie besloot de conferentie het in eerste instantie aan de rechter over te laten om aan de hand van de bekende voorrangregels (*lex superior*-, *lex specialis*- en *lex posterior*-regel) te beoordelen welk voorschrift toepassing moet vinden indien een wetgevende maatregel in strijd komt met het Statuut, een rijkswet of een algemene maatregel van rijksbestuur. In zijn oorspronkelijke betekenis prejudicieert artikel 49 van het Statuut niet op de toetsingsvragen die door het artikel bestreken worden. Artikel 49 is in het Statuut opgenomen om de rijkswetgever de mogelijkheid te bieden zo nodig (in de toekomst) regels te stellen met betrekking tot vragen waarop verschillende antwoorden kunnen worden gegeven of waarop de in de rechtspraak gegeven antwoorden betwistbaar zijn. In de eerste decennia na de totstandkoming van het Statuut is het artikel steeds in deze zin begrepen. Hoewel de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest van 14 april 1989 historische argumenten heeft aangedragen voor zijn lezing dat artikel van het Statuut rechterlijke toetsing van de wet aan het Statuut uitsluit zolang deze bevoegdheid niet bij rijkswet is ingevoerd, is deze uitleg in werkelijkheid een breuk met het verleden. Overigens behoort het door de Hoge Raad in dit arrest beoordeelde geval, waar het ging om een wet die Nederlandse aangelegenheden regelde, niet tot de dubia die blijkens de ‘Nota inzake toetsingsrecht’ van 22 april 1952 de aanleiding zijn geweest voor het voorstel dat uiteindelijk artikel 49 van het Statuut is geworden.

Mede als gevolg van het *Harmonisatiewet*-arrest dreigt in de huidige staatsrechtelijke doctrine het zicht verloren te gaan op de oorspronkelijke betekenis van het in artikel 5 lid 2 van het Statuut vervatte voorschrift dat de Grondwet de bepalingen van het Statuut in acht neemt. Aan dit artikellid ligt de opvatting ten grondslag dat in geval van strijdigheid tussen het Statuut en de Grondwet, het Statuut moet worden toegepast. Dit is de achtergrond van het huidige artikel 142 van de Grondwet, dat de mogelijkheid biedt om de Grondwet bij de wet met het Statuut in overeenstemming te brengen. Deze bepaling is in 1956 in de Grondwet opgenomen met de gedachte dat het Statuut voorgaat op de Grondwet en dat het Statuut, voor zover het afwijkt van de Grondwet, de Grondwet dus automatisch aanvult of verandert. In deze gedachtegang heeft een tekstuele aanpassing van de Grondwet aan het Statuut geen wijziging van het geldend recht tot gevolg en is er dus geen reden voor deze aanpassing de normale procedure van grondwetsherziening voor te schrijven.

De in deze bijdrage geschetste geschiedenis laat ook de beschouwingen van de Hoge Raad over de reikwijdte van het grondwettelijk toetsingsverbod en de relatie tussen deze reikwijdte en de ‘traditionele’ plaats van de rechter in het staatsbestel niet onberoerd. In het *Harmonisatiewet*-arrest kent de Hoge Raad aan het grondwettelijk toetsingsverbod, zowel in zijn oude als in zijn huidige redactie, de betekenis toe dat dit verbod elke toetsing van

100. Dit is gebeurd in art. 21 Rijkswet Kustwacht voor de Nederlandse Antillen en Aruba, waarover M. Nap, ‘Toetsingsrecht via de achterdeur ingevoerd?’, *NJB* 2008, p. 697-698.

101. *Stb.* 2010, 333.

102. Art. I.22 Staatsregeling Aruba; art. 96 Staatsregeling Curaçao; art. 119 Staatsregeling Sint Maarten.

103. *Stb.* 2009, 120.

de wet, aan welke hogere regel dan ook, uitsluit. Een discussie over de vraag of de grondwetsbepaling over de onschendbaarheid van de wetten ooit de ruime strekking heeft gehad die de Hoge Raad er in het *Harmonisatiewet*-arrest aan toekent, valt buiten het bestek van deze bijdrage. Maar uit de hier beschreven constitutionele ontwikkelingen blijkt dat de bepaling in ieder geval na de Tweede Wereldoorlog niet of niet meer de ruime betekenis had die de Hoge Raad er in het *Harmonisatiewet*-arrest aan toeschrijft. In de naoorlogse jaren zijn er maar liefst drie constitutionele bepalingen tot stand gekomen die de rechter verplichtten om in voorkomende gevallen de wet of zelfs de Grondwet te laten wijken voor hoger recht: (a) artikel 18 van het Uniestatuut; (b) artikel 65 van de Grondwet (1953), de voorloper van het huidige artikel 94; en (c) artikel 5 lid 2 van het Statuut voor het Koninkrijk. De regering en de meerderheid in de Staten-Generaal zagen in artikel 65 van de Grondwet (1953) geen uitzondering op de grondwetsbepaling over de onschendbaarheid van de wetten. Dit betekent dat de grondwetgever van 1953 aan de bepaling niet de ruime betekenis toekende die de Hoge Raad er in het *Harmonisatiewet*-arrest aan toedicht. Tijdens de parlementaire behandeling van de wetten waarbij Nederland het Uniestatuut en het Statuut voor het Koninkrijk heeft aanvaard, was de verhouding van artikel 18 van het Uniestatuut, respectievelijk artikel 5 lid 2 van het Statuut voor het Koninkrijk tot de grondwetsbepaling over de onschendbaarheid van de wetten zelfs in het geheel geen thema. Uit de door de regering in het kader van de parlementaire behandeling van de wet tot aanvaarding van het Statuut voor het Koninkrijk gegeven oordeel dat de rechter de wetgevende maatregelen in de zin van artikel 49 van het Statuut mocht toetsen aan het in dit artikel bedoelde internationaal recht en rijksrecht, blijkt eveneens dat de regering in de bepaling over de onschendbaarheid van de wetten geen belemmering zag voor deze toetsingsbevoegdheid. De Staten-Generaal hebben dit oordeel niet weersproken. De ruime uitleg die de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest aan het grondwettelijk toetsingsverbod toekent, is derhalve eerder het product van dit arrest zelf dan het resultaat van een steekhoudende historische analyse. Hiermee valt de bodem weg onder de in het *Harmonisatiewet*-arrest betrokken stelling dat een ruim toetsingsverbod wezenlijk is voor de traditionele plaats van de rechter in het Nederlands staatsbestel. Wie reflecteert op de 'traditionele' plaats van de rechterlijke macht binnen de trias politica, met name op haar verhouding tot de wetgevende macht, moet oog hebben voor het grondwettelijk toetsingsverbod (in zijn juiste proporties), maar vooral óók voor de ruime mogelijkheden tot toetsing van de wet en de Grondwet die de naoorlogse constitutionele ontwikkelingen voor de rechter meebrachten.